



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2015

Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung

Tag, Brigitte

DOI: <https://doi.org/10.1515/zstw-2015-0029>

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-171914>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Tag, Brigitte (2015). Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 127(3):523-548.

DOI: <https://doi.org/10.1515/zstw-2015-0029>

Prof. Dr. iur. utr. Brigitte Tag*

Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung

DOI 10.1515/zstw-2015-0029

I. Ausgangslage

Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht ist eine von der höchstrichterlichen Rechtsprechung konzipierte Rechtsfigur, die ihre Wurzeln im Zivilrecht, genauer gesagt im Arzthaftungsrecht hat. Seit einigen Jahren wird sie namentlich auch im Arztstrafrecht fruchtbar gemacht. Stimmen aus dem Schrifttum diskutieren ihre Anwendung zudem für weitere Delikte, in denen die Aufklärung und Einwilligung des Rechtsgutsträgers von Bedeutung sein können, wie etwa die Untreue¹.

Im Arztstrafrecht spaltet die hypothetische Einwilligung das Schrifttum. Unterschiedene Gegner², engagierte Verfechter³ und diplomatische Vermittler⁴ tauschen die Argumente mit Verve und tiefschürfenden dogmatischen Überlegungen aus. Diese profunde Diskussion, die wird gelegentlich sogar als Meinungssturm bezeichnet⁵, unterstreicht die grundlegende Bedeutung der mit der hypotheti-

1 OLG Hamm NSTZ-RR 2012, 374.

2 Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 223 Rdn. 40 h; Puppe, GA 2003, 764; Edlbauer, Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv, 2009, S. 469; Albrecht, Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht, 2010, S. 499 ff.; Merkel, JZ 2013, 975, 979; Haas, GA 2015, 147; neuerdings auch Rönnau, JuS 2014, 882, 884; anders noch Rönnau, in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rdn. 230; Saliger, Festschrift für Beulke, 2015, S. 257.

3 Z. B. Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StGB, 2. Aufl. 2014, Vor §§ 32 ff. Rdn. 51 ff.; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 9 Rdn. 47; Mitsch, JZ 2005, 279; Garbe, Wille und Hypothese – Zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, 2011, S. 309; Beulke, medstra 2015, 67.

4 Kuhlen, Festschrift für Roxin I, 2001, S. 331, 332 ff.; Sickor, JA 2008, 11, 16; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rdn. 123 ff.; Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 2013, S. 375 ff.; Krüger, Festschrift für Beulke, S. 137; Zabel, GA 2015, 219.

5 Zu den verschiedenen Meinungen Swoboda, ZIS 2013, 18.

***Kontaktperson: Brigitte Tag**, Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht,
Strafprozessrecht und Medizinrecht an der Universität Zürich

schen Einwilligung verbundenen Konsequenzen für das Arzt-Patienten-Verhältnis, das Medizin- und Arztstrafrecht, aber auch für das Strafrecht im Allgemeinen. Sollte sich die Rechtsfigur im Arztstrafrecht weiter verwurzeln, ist die Vermutung naheliegend, dass eine unterlassene oder fehlerhafte Aufklärung im Zweifel selbst dann strafrechtlich für den Arzt ohne Sanktionen bliebe, wenn sich ein Risiko verwirklicht hat, über das zu Unrecht nicht aufgeklärt wurde. Es ist das große Verdienst der Rechtsprechung, die Debatte um die hypothetische Einwilligung im Strafrecht angestoßen und damit auf die Bedeutung der weitgreifenden Aufklärungspflichten hingewiesen zu haben. Machen wir es zu unserer Aufgabe, diese Entwicklung in guten Bahnen zu begleiten.

Die hypothetische Einwilligung bringt Schwung in die von den einen resigniert hingenommene, von den anderen mit Befriedigung zur Kenntnis genommene festgefahrene Kontroverse um die strafrechtliche Beurteilung ärztlicher (Heil-)Behandlungen und den damit verbundenen Stellenwert der Patientenautonomie.

Im Frühjahr 1894 hatte das Reichsgericht⁶ über die lege artis durchgeführte Amputation des tuberkulösen Fußes einer minderjährigen Patientin gegen den Willen des gesetzlichen Vertreters zu entscheiden. Zentral waren dabei zwei Fragen: Ist der ärztliche Heileingriff eine tatbestandliche Körperverletzung und welchen Stellenwert nimmt hierbei die Patientenautonomie ein? Die im 25. Band dazu veröffentlichte Entscheidung stellte die für die künftige Rechtspraxis maßgeblichen Weichen. In Deutschland, aber auch in der Schweiz, hat sie sich seitdem im Großen und Ganzen darauf geeinigt, im Strafrecht die ärztliche Intervention gemäß den Maßstäben zu beurteilen, die für jede beliebige Körperverletzung⁷ gelten. Danach erfüllt jede ärztliche Intervention, wenn sie – zumindest zunächst – in die körperliche Integrität oder die biologische Gesundheit des Patienten eingreift, den Straftatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung⁸. Es kommt grundsätzlich nicht darauf an, ob die Intervention ein Heileingriff und medizinisch indiziert ist, ob sie lege artis und erfolgreich durchgeführt wurde. Anders als im Zivilrecht⁹ ist für die Körperverletzungsdoktrin im Strafrecht zunächst nicht entscheidend, ob ein über die konkrete Rechtsgutsverletzung hinausgehender Schaden beim Patienten eingetreten ist. Die Entscheidung des Reichsgerichts hat sich auch zum hohen Stellenwert der Patientenautonomie bekannt. Sie stellte explizit fest, dass der Patient kraft seiner Autonomie durch

⁶ RGSt. 25, 375, 377 f.

⁷ Für die Schweiz: oder Tötlichkeit, Art. 126 StGB.

⁸ Für die Schweiz: wenn die Einwirkungen nicht die Erheblichkeitsschwelle des Art. 123 Ziff. 1 StGB erreichen, sind die Voraussetzungen der Tötlichkeit, Art. 126 StGB, zu prüfen.

⁹ Vgl. BGH NJW 1990, 2928, 2929; 1993, 2378, 2379.

seine rechtfertigende Einwilligung das Unrecht der ärztlicherseits verwirklichten Körperverletzung im Einzelfall wieder kompensieren kann. Dieser im Kontext der damaligen Zeit sehr mutigen Entscheidung gebührt heute nach wie vor großer Respekt, weil sie mit Deutlichkeit hervorhob, dass es gerade nicht eine noch so wohlmeinende ärztliche Vernunft, sondern der nach außen kundgegebene Willensentscheid des Patienten ist, der den Eingriff rechtfertigt. Mit dem dabei zugrunde liegenden Verständnis vom Rechtsgut wurden die Körperverletzungstatbestände nicht – wie zum Teil kritisch angemerkt wird – systemwidrig mit der körper- und gesundheitsbezogenen Selbstbestimmung überladen¹⁰. Vielmehr wurde richtiggestellt, dass die Verfügungsmacht des Rechtsgutsträgers mit dem Körper und der Gesundheit in einer engen Verbindung steht und damit auch über den Schutz entscheidet. Das personale Rechtsgutsmodell liefert hierfür die dogmatische Begründung¹¹.

Dass die Rechtfertigungslösung in Bezug auf die Bewertung des einzelnen Eingriffsaktes freilich eine höchst holzschnittartige Betrachtung ist, das zeigt nicht nur die Entwicklung der modernen hochkomplexen Medizin, die heute, anders als zum Ausgang des 19. Jahrhunderts, als sich der bekannte Fußamputationsfall ereignete, ein weit größeres diagnostisches und therapeutisches Spektrum bietet. Hochspezialisierte und personalisierte Medizin, Transplantationen, komplexe arbeitsteilige Operationen und sonstige Behandlungen sowie medizinische Qualitätssicherung einerseits und Compliance, vielfältigste Beratung, Informed consent sowie der Einbezug der Medizinethik andererseits prägen die Medizin von heute. Diese Themenfelder verdeutlichen zudem die Weiterentwicklung in der modernen Medizin und im Arzt-Patienten-Verhältnis, die die recht einfach strukturierte strafrechtliche Rechtfertigungslösung wie einen Anzug erscheinen lässt, der im Laufe der Zeit zu kurz und zu eng geworden ist.

Ob hierauf die nach wie vor diskussionswerten Tatbestandslösungen¹² oder eine Strafrechtsreform die passende Antwort bieten, darüber besteht wie in fast allen Bereichen des Medizinstrafrechts Uneinigkeit. Dies gilt umso mehr, als die Anforderungen an eine wirksame Aufklärung des Patienten deutlich zugenommen haben. Im Zivilrecht wird dies eindrücklich durch das am 26. Februar 2013 in Kraft getretene deutsche Patientenrechtsgesetz¹³ hervorgehoben. Seine Regeln

¹⁰ Beulke, medstra 2015, 67, 74.

¹¹ Zum personalen Rechtsgutsmodell Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973; Roxin, Allg. Teil I (Anm. 4), § 2 Rdn. 2 ff.; Tag, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, 2000, S. 67 ff., 320; Swoboda, ZStW 122 (2010), S. 24.

¹² Nachweise bei Tag/Baur, in: Guillod/Sprumont (Hrsg.), Le droit de la santé en mouvement, 2014, S. 117.

¹³ BGBl. I (2013), S. 277.

sind nicht besonders neu oder originell, aber von dem berechtigten Anliegen nach Praktikabilität und Rechtssicherheit getragen. Diesen Zwecken folgend verfestigen sie die langjährige Spruchpraxis zu den im Deliktsrecht entwickelten Grundsätzen der zivilrechtlichen Arzthaftung auch für das Vertragsrecht. Die Kodifikation der an die Einwilligung und Aufklärung einschließlich der Beweislastverteilung zu stellenden Anforderungen unterstreicht überdies den erwünschten hohen Stellenwert der Patientenautonomie in medizinischen Kontexten, §§ 630 d, 630 e und 630 h Abs. 2 BGB. Als Sonderregelungen ergänzen sie die allgemeinen zivilverfahrensrechtlichen Prinzipien¹⁴, wonach derjenige, der ein Recht geltend macht, die Voraussetzungen der rechtsbegründenden Norm, der Gegner im Streitfall die Voraussetzungen der rechtshindernden und rechtsvernichtenden Norm darzulegen und zu beweisen hat. Es ist daher grundsätzlich Sache des Patienten, den Abschluss eines Behandlungsvertrages, die Verletzung hieraus resultierender Pflichten, namentlich die fehlerhafte Behandlung¹⁵, seinen Schaden sowie die haftungsbegründende und -ausfüllende Kausalität zu beweisen, § 280 Abs. 1 BGB¹⁶. Die Darlegungs- und Beweislast für die Einwendung der ordnungsgemäßen Einwilligung hingegen liegt beim beklagten Arzt. Aus der Rechtspraxis ist es daher ein bekanntes Phänomen, dass von Seiten der Patienten die Aufklärungsrüge im Arzthaftungsprozess bevorzugt erhoben wird. Dieser Befund ist namentlich der – trotz gesetzlicher Erleichterungen¹⁷ – schwierigen Beweisführung bei allfälliger Fehlbehandlung geschuldet. Die hierzu üblichen umfangreichen Fragenkataloge an die Sachverständigen unterstreichen diesen Befund. Im Strafrecht hingegen gelten die allgemeinen Bestimmungen, um die eigenmächtige und die medizinisch regelwidrige medizinische Behandlung zu beurteilen. Dazu finden sich in den Spezialgesetzen¹⁸ explizite sanktionsbewehrte Sonderregelungen, namentlich zu Aufklärung und Einwilligung. Ein großer Unterschied zum Zivilrecht zeigt sich in dem Grundsatz, dass das Vorliegen eines strafbaren Verhaltens,

¹⁴ Grundlegend *Rosenberg*, Die Beweislast, 5. Aufl. 1965, S. 5, 6, 12.

¹⁵ BT-Drucks. 17/10488 S. 27; *Spickhoff*, NJW 2002, 2530.

¹⁶ Das Zivilrecht unterscheidet hierbei – anders als das Strafrecht – zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität. Die haftungsbegründende Kausalität betrifft den Haftungsgrund, den Nachweis eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem Handeln des Schädigers und der Verletzung des geschützten Geschädigteninteresses. Ob daraus ein Schaden und in welchem Ausmaß entstanden ist, betrifft die haftungsausfüllende Kausalität. Die Trennung der beiden Kausalbeziehungen ist deshalb wichtig, weil unterschiedliche Beweismaße gelten.

¹⁷ Vgl. § 630 h Abs. 1 BGB, hier findet sich die Vermutung einer Pflichtverletzung, namentlich eines Behandlungsfehlers, bei voll beherrschbarem Behandlungsrisiko.

¹⁸ Wie zum Beispiel dem Transplantations-, dem Arzneimittel-, dem Medizinprodukte- oder auch dem Transfusionsgesetz.

d. h. konkret die eigenmächtige und die regelwidrige ärztliche Behandlung, dem Arzt nachgewiesen werden muss, nicht auszuräumende Zweifel wirken zugunsten des Beschuldigten. Diese Rechtslage lässt das Verurteilungsrisiko für Ärzte nicht allzu hoch erscheinen¹⁹. Dessen ungeachtet hat die Strafgerichtsbarkeit dennoch die zivilrechtlich geborene hypothetische Einwilligung schrittweise ins Strafrecht übernommen²⁰. Dies mag darin begründet liegen, dass von Seiten der Rechtspraxis die Auswirkungen der vielfach als überspannt geltenden Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht generell zurückgeschraubt werden sollen und die hypothetische Einwilligung sich hierfür als ein probates Mittel erwiesen hat.

II. Hypothetische Einwilligung im Patientenrechtsgesetz

Bevor die Übertragung der hypothetischen Einwilligung ins Strafrecht näher betrachtet wird, soll zunächst in der gebotenen Raffung auf ihre zivilrechtliche Konstruktion eingegangen werden.

Bereits 1984²¹ gestattete der VI. Zivilsenat des BGH dem beklagten Arzt den Einwand, der Patient hätte auch dann in die Behandlung eingewilligt, wenn er zuvor ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre. Diesen Einwand kann der Patient widerlegen, indem er substantiiert glaubhaft macht, dass er sich – bezogen auf den Zeitpunkt der fehlerhaften Aufklärung – bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt darüber befunden hätte, ob er in den Eingriff einwilligen solle oder nicht. Maßgebend ist hierbei die persönliche Sichtweise des konkreten/individuellen Patienten, nicht aber die der verständigen bzw. vernünftigen Maßfigur. Als Erwiderung auf den Einwand muss der Patient bei seiner Einlassung einerseits nicht darlegen, wie er sich tatsächlich entschieden hätte, andererseits genügt eine bloß pauschale Behauptung, er hätte bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht in den Eingriff eingewilligt, aber nicht den gestellten Anforderungen. Gelingt es dem Patienten, nachvollziehbar

19 Ob dem tatsächlich so ist, wird unterschiedlich bewertet. Bejahend *Hengstenberg* (Anm. 4), S. 75; ablehnend *Lilie*, in: *Rosenau/Hakeri*, Der medizinische Behandlungsfehler, 2008, S. 191, 193.

20 Ausführlich hierzu *Hengstenberg* (Anm. 4); *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 2014; zur Rechtslage in der Schweiz *Eicker*, *forumpoenale* 2014, 238.

21 BGHZ 90, 103.

darzulegen, dass ihn die vollständige Aufklärung in einen ernsthaften Entscheidungskonflikt versetzt hätte, obliegt dem Arzt der schwierige Nachweis, dass der Patient trotz dieses Entscheidungskonflikts in den Eingriff eingewilligt hätte²². Diese Rechtsprechung wurde durch § 630 h Abs. 2 Satz 2 BGB verfestigt. Dennoch sind damit nicht alle dogmatischen Fragen beantwortet. So werden u. a. Bedenken gegen den Einwand der hypothetischen Einwilligung diskutiert²³, namentlich indem die Anwendbarkeit des rechtmäßigen Alternativverhaltens für höchstpersönliche Entscheidungen verneint oder zumindest kritisch betrachtet wird.

Die hypothetische Einwilligung fand in unterschiedlichen haftungsrechtlichen Konstellationen Anwendung²⁴: Es ging zunächst um Fälle, in denen die Aufklärung lückenhaft²⁵ bzw. sonst fehlerhaft war als auch um solche, bei denen die nötige Aufklärung gänzlich fehlte²⁶. Sie wurde aber auch herangezogen, wenn trotz ordnungsgemäßer Aufklärung²⁷ die Einwilligung aus sonstigen Gründen unwirksam war und kein Fall der mutmaßlichen Einwilligung vorlag²⁸. Und sie wurde bei vorsätzlicher und fahrlässiger Aufklärungspflichtverletzung fruchtbar gemacht. Gelingt der Beweis einer hypothetischen Einwilligung, so sind die Konsequenzen in der zivilrechtlichen Literatur und der Rechtspraxis umstritten: Während eine Ansicht den Anspruch auf Ersatz eines infolge eigenmächtiger Körperverletzung erlittenen immateriellen Schadens ebenso verneint wie denjenigen wegen Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes²⁹, differenziert eine andere Meinung schutzgutorientiert. In Bezug auf den durch das Übergehen des Selbstbestimmungsrechts entstandenen immateriellen Schaden kann danach der Patient Schmerzensgeld verlangen, d. h. der Einwand der hypothetischen Einwil-

22 Z. B. BGHZ 172, 1, 14; OLG Karlsruhe VersR 2001, 860. Zu den strengen Voraussetzungen vgl. BT-Drucks. 17/10488 S. 29 m. w. N.; Gaede (Anm. 20), S. 7 m. w. N.

23 von Caemmerer, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, 1962, S. 30; Zeuner, AcP 162 (1963), S. 516, 523; Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, § 4 XII.5.c.; diff. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, Rdn. 144.

24 Kritisch Hengstenberg (Anm. 4), S. 48, welche die Rechtsfigur auf die Fälle beschränken möchte, in denen der Arzt fahrlässig fehlerhaft aufklärte und deswegen die Einwilligung unwirksam war.

25 RGZ 163, 129.

26 BGH NJW 1980, 1333; OLG Koblenz VersR 1988, 1135.

27 Zur Anwendbarkeit bei der verspäteten Aufklärung vgl. BGH NJW 1998, 2734; 2003, 2012, 2014.

28 BGH NJW 1991, 2342, 2343.

29 BT-Drucks. 17/10488 S. 28; Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2014, § 630 h Rdn. 17; früher bereits BGH VersR 1980, 68, 69; BGHZ 176, 342 = MedR 2008, 666 m. Anm. Seibl; Wagner, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, 6. Aufl. 2013, § 823 Rdn. 878; Spickhoff, NJW 2005, 1694.

ligung wird insoweit als unerheblich betrachtet³⁰. Betreffend den materiellen Schaden, der durch eine lege artis durchgeführte, aber misslungene ärztliche Behandlung entstand, wird dem Einwand der hypothetischen Einwilligung Wirkung zugesprochen, sofern feststeht, dass der Patient bei Anwendung der damit verbundenen Regeln „eingewilligt“ hätte³¹.

III. Übertragung auf das Medizinstrafrecht

1. Verankerung der hypothetischen Einwilligung in der strafrechtlichen Rechtsprechung

Die Regeln der hypothetischen Einwilligung wurden in modifizierter Form schrittweise in das Medizin- und Arztstrafrecht übertragen. Seit langem befassten sich die Strafgerichte zunächst im Bereich der fahrlässigen Körperverletzung, später auch bei der vorsätzlichen Körperverletzung und der Körperverletzung mit Todesfolge mit Konstellationen, die der hypothetischen Einwilligung ähnlich waren³². Im zweiten „Myomurteil“ 1960³³, im „Hodenentfernungsfall“ 1963³⁴ und schließlich im „O-Beine-Fall“ 1990³⁵ verwurzelte sich die hypothetische Einwilligung als eigenständige Rechtsfigur sukzessive auf strafrechtlichem Gebiet. Erwähnenswert ist betreffend den „O-Beine-Fall“, dass der Umstand, wonach der Patient seine Einwilligung auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erteilt hätte, nicht bei der Begründung des Fahrlässigkeitsvorwurfs Beachtung fand, d. h. für die Frage, ob der Arzt die hypothetische Verweigerung der Zustimmung hätte erkennen können oder nicht, sondern erst nachgelagert beim Pflichtwidrigkeitszusammenhang herangezogen wurde. Es ging hier darum, ob sich die Pflichtwidrigkeit der unzureichenden Aufklärung als ursächlich für den Erfolg erwiesen hat. Der „O-Beine-Fall“ wird daher auch als „Geburtsstunde“ der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht bezeichnet³⁶.

30 Vgl. Katzenmeier, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, V. C. Rdn. 100 m. w. N.; Nüßgens, Festschrift für Nirk, 1992, S. 745, 751; Borgmann, NJW 2010, 3190, 3192; OLG Jena VersR 1998, 586, 588.

31 Katzenmeier, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp* (Anm. 30), V.C. Rdn. 100.

32 Eingehend hierzu Hengstenberg (Anm. 4), S. 76–147.

33 BGHSt. 15, 200.

34 BGH JZ 1964, 231.

35 BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 2.

36 Vgl. Hengstenberg (Anm. 4), S. 95.

Der „Surgibone-Dübel-Fall“ bestätigte diese Entwicklung³⁷. Der Sachverhalt sei holzschnittartig skizziert, da er zahlreiche, für die hypothetische Einwilligung interessante Probleme aufwarf. Der betreffende Arzt hatte im Rahmen einer sogenannten HWS-Disc-Ektomie nach Entfernung der abgenutzten Halsbandscheibe als Abstandhalter ein aus denaturierten Rinderknochen hergestelltes Implantat eingesetzt. In der Folge traten Spankomplikationen bei den Patienten auf, die zum Teil weitere Eingriffe nötig machten. Das Verfahren war international anerkannt, in Deutschland war die hierfür nötige arzneimittelrechtliche Zulassung aber noch nicht erteilt. Gängig war bis anhin der Einsatz von Kunststoff- oder von Eigenimplantaten, die freilich zunächst gewonnen werden mussten – mit allen Risiken einer zusätzlichen weiteren Operation. Die Eigenimplantate hatten den Vorzug, dass sie den Aufbau einer stabilisierenden Verknöcherung zu den Wirbelkörpern förderten. Dieser Vorteil war bei den Surgibone-Dübeln nicht gegeben, so dass bei deren Verwendung ein höheres Risiko in Bezug auf den zu durchlaufenden Stabilisierungsprozess bestand. Dafür mussten sie auch nicht durch einen Eingriff beim Patienten gewonnen werden. Die Patienten wurden zwar über die Risiken des Eingriffs aufgeklärt, nicht aber über die mit der Verwendung der unterschiedlichen Implantate verbundenen Risiken und Chancen. Triebfeder dieser Unterlassung war, sie nicht zu verunsichern. Zudem unterblieb die Aufklärung über die nicht vorhandene arzneimittelrechtliche Zulassung der Surgibone-Dübel. Denn der Arzt hatte hiervon keine Kenntnis, da er die Surgibone-Dübel von der Klinikapotheke bezogen hatte und damit davon ausging, dass er sie ohne weiteres verwenden durfte. Entgegen der Vorinstanz erblickte der 4. Strafsenat keinen Aufklärungsmangel in dem Umstand, dass nicht über die Alternativen der unterschiedlichen Implantatarten aufgeklärt wurde. Denn bei beiden war das hohe Risiko der Spankomplikationen vorhanden. Das Rinderknochenimplantat führte im Vergleich zum Eigenimplantat zu weniger Risiken bei der Gewinnung, die zeitlich längere Störanfälligkeit bei den Rinderimplantaten bewertete der BGH als zu wenig gewichtig, als daran eine Aufklärung wegen vorhandener Behandlungsalternativen zu knüpfen sei. Jedoch befand er, dass die fehlende Zulassung eine Aufklärung über die Behandlungsalternativen erforderlich machte. Ihr Fehlen führte zu einem Aufklärungsmangel, der seinerseits die Einwilligung unwirksam machte und damit die Rechtswidrigkeit des Eingriffs zur Folge hatte. Der BGH verwies die Sache an die Vorinstanz zurück, gab ihr jedoch den Hinweis auf den „O-Beine-Fall“ und die zivilrechtliche Rechtsprechung zur hypothetischen Einwilligung mit auf den Weg. Der Strafsenat führte hierbei aus,

³⁷ BGH NStZ 1996, 34 m. Anm. *Ulsenheimer; Kuhlen*, Festschrift für Roxin I, 2001, S. 331, 334, 341 ff.

dass „Aufklärungsmängel [...] eine Strafbarkeit des Arztes wegen Körperverletzung nur dann begründen, wenn der Patient bei einer den Anforderungen genügenden Aufklärung in den Eingriff nicht eingewilligt hätte. Dies ist dem Arzt – anders als im Zivilrecht – nachzuweisen. Verbleiben Zweifel, ist davon auszugehen, dass die Einwilligung auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erteilt worden wäre³⁸.“ Bei der Ermittlung des hypothetischen Willens des Patienten ist auf den Zeitpunkt des Eingriffs abzustellen, d. h. es ist ein ex-ante Maßstab anzuwenden. Der erste Strafsenat³⁹ des BGH hat im „Bandscheibenfall“ zudem eine Plausibilitätskontrolle der hypothetischen Einwilligung gefordert, ging aber nicht so weit, die Selbstbestimmung über die Maßfigur des vernünftigen Patienten einzuschränken.

Schrittweise zeichnete sich in der strafrechtlichen Rechtsprechung eine kontinuierliche Ausweitung der Anwendungsfälle der hypothetischen Einwilligung über den Bereich der Fahrlässigkeit hinaus ab. Der bereits erwähnte „Bandscheibenfall“ betraf eine vorsätzliche Aufklärungspflichtverletzung zur Verdeckung eines im Rahmen der Erstoperation unterlaufenen fahrlässigen Behandlungsfehlers. Im Rahmen der Aufklärung zu einem Korrektureingriff verschwieg der Arzt dem Patienten bewusst, dass sein fahrlässig begangener Behandlungsfehler im Rahmen der Vorbehandlung den Zweiteingriff nötig machte. In den Entscheidungsgründen wurde neben dem Hinweis auf die (fehlende) Kausalität des Aufklärungsmangels festgehalten, dass bei Vorliegen der hypothetischen Einwilligung „die Rechtswidrigkeit entfällt“⁴⁰. Dieser Hinweis wurde zum Teil so gedeutet, dass mit der hypothetischen Einwilligung ein neuer Rechtfertigungsgrund geschaffen wurde⁴¹.

Im „Bohrerspitzenfall“⁴² versuchte der Arzt, einen Behandlungsfehler zu verheimlichen, erschlich durch gezielte Fehlinformation die Einwilligung zum nötig gewordenen Zweiteingriff und nahm zur Verschleierung seiner Absicht eine sonst unnötige Intervention vor. Bei der Bewertung der Aufklärung zu diesem Korrektureingriff erachtete der erste Strafsenat des BGH zwar eine hypothetische Einwilligung für möglich, lehnte sie im Ergebnis jedoch aufgrund der Feststellungen der Vorinstanz ab, der Patient hätte danach keine Einwilligung zur Entfernung der Bohrspitze gegeben. In der hierzu ergangenen Entscheidung wurde die hypo-

38 BGH NStZ 1996, 34, 35.

39 BGH NStZ-RR 2004, 16.

40 BGH NStZ-RR 2004, 16, 17.

41 So auch Otto, Jura 2004, 679, 682; Edbauer (Anm. 2), S. 300; Albrecht (Anm. 2), S. 253; Haas, GA 2015, 147.

42 BGH JR 2004, 469 m. krit. Anm. Puppe.

thetische Einwilligung im Ergebnis abgelehnt, aber immerhin als so bedeutend erachtet, dass ihre Voraussetzungen in den Erwägungen diskutiert wurden.

Im Folgenden hatte der BGH über mehrere Eingriffe mit tödlichem Ausgang zu befinden. Im Fettabsaugungsfall⁴³ hatte der Arzt grob pflichtwidrig die Sorgfalt bei einem kosmetischen Eingriff verletzt und den Eingriff zudem ohne Aufklärung vorgenommen. Nach einer erfolgreichen ambulant durchgeführten Fettabsaugung und Fettschürzenentfernung sollte eine von dem ersten Eingriff stammende Narbe entfernt und eine weitere Fettabsaugung durchgeführt werden. Eine erneute Aufklärung des Patienten unterblieb, der Zweiteingriff wurde vom erstbehandelnden Arzt durchgeführt, mangels anderweitiger Unterstützung durch ausgebildetes medizinisches Personal assistierte ein unerfahrener Chemiestudent. Aufgrund einer Überdosierung und des Zusammenwirkens von Schlaf- und schmerzstillenden Medikamenten sowie von Narkosemitteln geriet der Patient intraoperativ in eine Atemdepression, mangels entsprechender Sicherungsvorkehrungen und wegen des Nichtergreifens von tauglichen Gegenmaßnahmen verzögerte sich die Alarmierung des Notarztes, so dass bei dessen Eintreffen nur noch der Tod des Patienten festgestellt werden konnte. Der vierte Senat des BGH änderte den Urteilsspruch der ersten Instanz wegen fahrlässiger Tötung in eine vorsätzliche Körperverletzung mit Todesfolge ab, § 227 StGB. Die Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge befasste sich in den Gründen auch mit der hypothetischen Einwilligung und zwar im Hinblick auf eine mögliche Rechtfertigung des Zweiteingriffs. Dies geschah, obgleich keine Aufklärung bei dem Zweiteingriff erfolgte und der verstorbene Patient naturgemäß nicht mehr befragt werden konnte, ob er in Kenntnis der hier vorliegenden Umstände – kosmetischer Eingriff, mehrfaches gravierendes Abweichen von der *lex artis* – auch in die konkret vorgenommene Fettabsaugung und die damit verbundenen organisatorischen Rahmenbedingungen – eingewilligt hätte. Kurz darauf hatte der erste Senat über einen nicht kunstgerecht durchgeführten, auf eine Außenseitermethode zurückgreifenden, medizinisch indizierten Drogenentzug⁴⁴ mit tödlichem Ausgang zu entscheiden. Trotz der Schwere der zu beurteilenden Verfehlungen wurde jeweils auch das Vorliegen einer hypothetischen

43 Zum Fettabsaugungsfall vgl. BGH StV 2008, 189; *Bosch*, JA 2008, 70, 72, interpretiert die Gründe so, dass der BGH im Falle eines nicht kunstgerechten Eingriffs von vornherein die Grundsätze der hypothetischen Einwilligung für nicht anwendbar erachtet.

44 BGH StV 2008, 464 m. Anm. *Rönnau*. In der Schweiz würde man in einem solchen Fall entsprechend den Empfehlungen der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) von einer experimentellen Therapie sprechen, vgl. Medizin-ethische Richtlinien und Empfehlungen, Abgrenzung von Standardtherapie und experimenteller Therapie im Einzelfall, 2014.

Einwilligung diskutiert, im Ergebnis aber verneint. Im „Magenspiegelungsfall“⁴⁵ wurde unter Narkotisierung eine Koloskopie mit ordnungsgemäßer Aufklärung und Einwilligung durchgeführt. Der behandelnde Arzt entschied sich dann aber – noch während der anhaltenden bzw. wieder aufgefrischten Wirkung des Narkotikums – zusätzlich eine Magenspiegelung vorzunehmen, da die erste Untersuchung keine Hinweise auf die Beschwerden ergeben hatte. Über die Magenspiegelung war der Patient nicht aufgeklärt. Beim mehrfachen Versuch, das Endoskop einzuführen, wurde die Speiseröhre perforiert, der Patient verstarb daran in der Folge. Den Freispruch des Landgerichts wegen Körperverletzung mit Todesfolge hob der BGH auf und verwies zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurück.

2013⁴⁶ entschied der BGH schließlich, dass die hypothetische Einwilligung selbst bei wenig erprobten Eingriffen, d. h. bei Neulandbehandlungen, möglich sei, wenn der Patient weitere tödliche Krankheitsschübe erwarte und er in dem Eingriff den letzten Rettungsanker sehe. Systematisch wurde die hypothetische Aufklärung beim Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen der Aufklärungspflichtverletzung und dem Tod des Patienten verortet. Der BGH wies zudem darauf hin, dass sich eine andere Bewertung ergeben hätte, wenn der Arzt den Patienten gezielt über die mangelnden Erfolgsaussichten der Behandlung getäuscht hätte. Ob hiermit angedeutet werden sollte, die hypothetische Einwilligung künftig auf fahrlässige Aufklärungspflichtverletzungen zu beschränken, bleibt abzuwarten.

Fasst man die Entwicklungslinie der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht kurz zusammen, so kann festgehalten werden, dass ihr potentieller Anwendungsbereich schrittweise expandierte, begonnen bei der unzureichenden Teilaufklärung hin zur fehlenden Aufklärung, von der fahrlässigen Pflichtverletzung, über die eventualvorsätzliche hin zur absichtlichen, von der einfachen Körperverletzung, der Körperverletzung mit Todesfolge hin zur fahrlässigen Tötung und von den diagnostischen und therapeutischen Heileingriffen zu kosmetischen Eingriffen und Neulandbehandlungen. Festzuhalten ist ferner, dass die hypothetische Einwilligung zudem sowohl den retrospektiv hypothetisch konstruierten Entscheid des Patienten als auch den damit zusammenhängenden Abwägungs- und Entscheidungsprozess betrifft. Die hypothetische Einwilligung hat damit in der strafrechtlichen Rechtsprechung einen Siegeszug angetreten, der seinesgleichen sucht. Die Reaktionen hierauf sind allerdings in der Tendenz von anfänglich freundlicher Zustimmung immer mehr in Skepsis und schließlich überwiegend,

45 BGH JA 2012, 70 m. krit. Anm. *Jäger*.

46 BGH NJW 2013, 1688.

aber nicht ausschließlich⁴⁷ in Ablehnung umgeschlagen. Konstruktive Ungeheimheiten, rechtsgutsbezogene Argumente sowie die Auswirkungen der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht, das anders als das Zivilrecht nicht nach den Grundsätzen der Beweislastverteilung entscheidet, sondern in dubio pro reo und damit letztlich im Zweifel zu Lasten des Patienten, haben massive Kritik, aber auch das Bemühen um Beschwichtigung hervorgerufen⁴⁸.

Das Unbehagen an der hypothetischen Einwilligung betrifft – unabhängig von allen dogmatischen Erwägungen – den Umstand, dass ihr Ausgangspunkt, d. h. die vielfach, aber nicht durchwegs als überspannt wahrgenommenen Anforderungen an die Aufklärungspflicht des Arztes, bei den entschiedenen Fällen immer mehr in den Hintergrund rückt. Überspitzt formuliert scheint sich die hypothetische Einwilligung zu verselbstständigen und als (un-)beabsichtigte Nebenfolge zum Instrument der Entkriminalisierung des Arztstrafrechts zu werden. Dies hat zwar keine präjudizielle, aber eine tatsächliche Vorwirkung auch für das Zivilrecht, wenn es zu einem Freispruch des Arztes mangels Beweisen kommt. Die altbekannte These, die Einleitung eines Strafverfahrens zur Vorabklärung zivilrechtlicher Ansprüche aufgrund eines Arzthaftungsfalles sei ein anwaltlicher Kunstfehler, gewinnt vor diesem Hintergrund vor allem für die Patientenseite neue Bedeutung. Bei Fällen, in denen das Offizialprinzip gilt, ist bei einem Arzthaftungsverfahren ein Ausweichen im Sinne einer alleinigen Konzentration auf das Zivilrecht aber nicht möglich. Während die Ärzte, bezogen auf die ganze Bandbreite ihrer Tätigkeit, die hypothetische Einwilligung hier als lang ersehnte strafrechtliche Wohltat und als Ausgleich für die oftmals als Zumutung empfundene Körperverletzungsdoktrin erleben, führt ihre Janusköpfigkeit bei Patienten zu einer schmerzhaften Einbuße an strafrechtlichem Schutz.

Doch wie soll mit diesem Befund in Zukunft umgegangen werden? Unterteilen wir die Analyse in Betrachtungen *de lege lata* und *de lege ferenda*.

2. Die hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund?

Betrachtet man die Entscheidungen und Beiträge aus dem Schrifttum zur hypothetischen Einwilligung in einer Gesamtschau, so drängt sich zuvorderst die Frage auf, ob das zwar nicht zivilrechtsakzessorische, aber zumindest doch zivilrechtsaffine Strafrecht durch die Adaption der zivilrechtlichen Judikatur und nun auch Gesetzeslage in Form des Patientenrechtsgesetzes einen neuen oder zumin-

⁴⁷ Vgl. *Beulke*, medstra 2015, 67.

⁴⁸ Vgl. *Beulke*, medstra 2015, 67.

dest neu konstruierten Rechtfertigungsgrund der hypothetischen Einwilligung gewonnen hat. Oder ob die hypothetische Einwilligung dem Tatbestand im engeren Sinne zuzuordnen ist und wie sich das dahinter stehende Konzept gestaltet. Nimmt man das Anliegen der Rechtsprechung, die sich ständig ausweitenden Anforderungen an die Selbstbestimmungsaufklärung auf ein angemessenes Maß zurückzuschneiden, als Ausgangspunkt der Betrachtungen, spricht vieles dafür, die hypothetische Einwilligung nicht als eine Form der nachträglichen Genehmigung zu sehen, sondern als Korrektur der Einwilligung als solcher. Zwar bestünde aus verfassungsrechtlicher Sicht kein durchgreifender Einwand, im Wege der Rechtsfortbildung eine unbeabsichtigte Lücke im Gesetz mit einem neuen Erlaubnissatz zu schließen⁴⁹. Das Fehlen⁵⁰ allfälliger subjektiver Rechtfertigungselemente der hypothetischen Einwilligung könnte im Vorsatzbereich über eine Versuchsstrafbarkeit⁵¹ aufgefangen werden, so dass der Arzt nur im Falle einer fahrlässigen Aufklärungspflichtverletzung straffrei ausginge. Der Rechtfertigungsgrund der hypothetischen Einwilligung müsste sich aber in die Struktur der bisherigen Rechtfertigungsgründe, namentlich der Einwilligung und der mutmaßlichen Einwilligung, einfügen, was man ihm – um das Ergebnis vorneweg zu nehmen – nur dann zubilligen kann, wenn man die Kriminalpolitik stärker gewichtet als die Strafrechtsdogmatik.

Vergleicht man Einwilligung, mutmaßliche und hypothetische Einwilligung ist unübersehbar, dass hierbei die Anforderungen an die Wahrung des körper- und gesundheitsbezogenen Selbstbestimmungsrechtes des Patienten zum Zeitpunkt des Eingriffs, oder anders formuliert an das Postulat „voluntas aegroti suprema lex“, schrittweise reduziert werden. Grundlage der wirksamen Einwilligung ist die Selbstbestimmungsaufklärung⁵² des urteilsfähigen Patienten. Sie soll einen an den konkreten Bedürfnissen und Werthaltungen des Patienten ausgerichteten Entscheidungsprozess und als Ergebnis seine informierte und möglichst freie Entscheidung über den anvisierten medizinischen Eingriff ermöglichen. Damit dieser Rechtsgutsverzicht wirksam ist, muss der Arzt, der die Anamnese durchführt, untersucht, diagnostiziert und behandelt, die dazugehöri-

49 Vgl. z. B. Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 206; BGHSt. 16, 309; 40, 257, 263.

50 Soweit sie für notwendig erachtet werden; anders Böcker, JZ 2005, 925, 929, mit dem Vorschlag eines rein aus objektiven Elementen bestehenden gesamtrechtfertigenden Rechtfertigungsgrundes.

51 Zur Bedeutung der subjektiven Rechtfertigungselemente vgl. Roxin, Allg. Teil I (Anm. 4), § 14 Rdn. 104.

52 Dies im Unterschied zur der lex artis zugeordneten therapeutischen Beratung, die primär dazu dient, den Erfolg der Behandlung zu sichern.

ge gebotene Information dem Patienten vermitteln⁵³. Doch allein der urteilsfähige Patient entscheidet, ob er sein Recht auf Information wahrnimmt. Vertraut er dem Arzt ohne Detailaufklärung oder möchte er sich schlicht nicht mit den buchstäblich unter seine Haut gehenden medizinischen Fragen befassen, so ist dieser Aufklärungsverzicht seine grundrechtlich geschützte Entscheidung. Der Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht wird in diesem Fall ebenso reduziert wie beim bereits zureichend vorinformierten Patienten. Der Arzt muss sich jedoch über das Vorliegen der Umstände, die die Reduktion der Aufklärungspflicht bewirken, vergewissern, will er sich nicht dem Risiko einer diesbezüglichen Sorgfaltspflichtverletzung aussetzen.

Hiervon zu trennen ist das sogenannte therapeutische Privileg des Arztes. Lange Zeit war es üblich, den Patienten zu seinem Besten nicht oder nicht vollständig aufzuklären. *Laufs* hat dies im Handbuch des Arztrechts eindrücklich beschrieben⁵⁴. Auch wenn die Vollendung von Theodor Storms letzter Novelle „Der Schimmelreiter“ dem Verschweigen seiner tödlichen Krankheit zuzuschreiben ist, gehört das therapeutische Privileg von wenigen und überwiegend dem Bereich der Psychiatrie zuzuschreibenden Ausnahmefällen heute dem Grundsatz nach der medizinpaternalistischen Vergangenheit an. Als generelles Prinzip passt es nicht mehr in unser modernes Verständnis vom urteilsfähigen Patienten⁵⁵. Es kann damit auch nicht Vorbild sein für eine retrospektive Aufklärungseinschränkung, wie z. B. die hypothetische Einwilligung, die den Informed consent, wie wir ihn heute verstehen, weitgehend leerlaufen lässt.

Beim nicht einwilligungsfähigen Patienten ist ersatzweise sein gesetzlicher oder gewillkürter Vertreter aufzuklären. Dieser durchläuft für den Patienten und unter Beachtung dessen mutmaßlichen Willens den Entscheidungsfindungsprozess bis hin zur Entscheidung⁵⁶. Eine nachträgliche Information des urteilsfähigen Patienten bzw. bei Urteilsunfähigkeit seines Vertreters hat keinen Ein-

53 Der Umfang der Aufklärungspflicht wird maßgeblich von den Umständen des Einzelfalls bedingt. Grundlegend *Kern/Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S. 71 ff.; *Bernsmann/Geilen*, in: *Wenzel* (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 3. Aufl. 2013, S. 404 ff. Dem Patienten ist grundsätzlich rechtzeitig vor dem geplanten Eingriff der Krankheitsbefund, der Krankheitsverlauf in behandelter wie un behandelter Form und die mit der in Aussicht genommenen Behandlung verbundenen Risiken darzulegen; zur Diagnoseaufklärung bei genetischer Beratung *Buchborn*, MedR 1996, 441, 444.

54 *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 57 Rdn. 6 ff.

55 *Tag* (Anm. 11), S. 355 ff.; *dies.*, Liber amicorum für Donatsch, 2012, S. 825, 845 f. Hiervon unberührt bleibt die moralisch-rechtliche ärztliche Pflicht, belastende Information empathisch und ggf. im stufenweise geführten Gespräch zu vermitteln.

56 In der Schweiz wird gemeinsam mit dem Arzt der Behandlungsplan festgelegt, Art. 377 ZGB.

fluss auf die rechtliche Situation zum Zeitpunkt des Eingriffs, kann aber für die weitere Behandlung relevant sein⁵⁷.

Der ärztliche Verzicht auf Aufklärung bzw. Einholung der Einwilligung des Patienten bzw. dessen Vertreters ist nur ausnahmsweise zulässig. Hauptanwendungsfall ist der des Notfalles. Bleibt keine Zeit für Aufklärung⁵⁸ bzw. Einwilligung⁵⁹, so darf eine unaufschiebbare Behandlung, um das Leben der betroffenen Person zu retten, ihre Gesundheit wiederherzustellen oder ihr Leiden zu erleichtern, unter Beachtung ihres mutmaßlichen Willens⁶⁰ umgehend erfolgen⁶¹. Als „vermuteter Ausdruck der eigenen Selbstbestimmung“⁶² greift die mutmaßliche Einwilligung ein, wenn der wahre Wille nicht eruiert werden kann, aber im gesundheitlichen Interesse des Patienten gehandelt werden muss⁶³. Der Arzt, der sich nach sorgfältiger Abklärung der Umstände prospektiv im mutmaßlichen Interesse des Patienten für den Eingriff entscheidet, im Nachhinein aber erkennt, dass der Patient mit dem Eingriff nicht einverstanden war, handelte zum Tatzeitpunkt dennoch gerechtfertigt. Denn nachträgliche Erkenntnisse, aber auch eine nachträgliche Genehmigung bleiben für die Frage der Strafrechtswidrigkeit zum Zeitpunkt des Eingriffs außer Betracht.

Dem mutmaßlichen Willen widersprechende, regelwidrige und nicht zu Heilzwecken durchgeführte Behandlungen sowie solche, die auch später ohne allzu große Risiken für den Patienten noch durchgeführt werden können, sind unter den engen Vorgaben der mutmaßlichen Einwilligung gerade nicht gerechtfertigt. Dieser zur tatsächlichen Einwilligung subsidiäre Rechtfertigungsgrund entspringt und dient damit ebenso wie die tatsächliche Einwilligung dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Rechtsgutsinhabers.

Mögliche Abweichungen von vermutetem und tatsächlichem Willen sind der Unsicherheit geschuldet, die jedem prospektiven Entscheid innewohnt, ihnen möglichst kleinen Raum zu gewähren, ist Grund und Zweck der Subsidiarität. Im

57 Z. B. beim Einsatz von Placebo in der Forschung, vgl. World Medical Association Declaration of Helsinki, Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects, JAMA. 2013;310 (20):2191–2194, Nr. 33, Use of Placebo sowie Art. 18 Schweizer Bundesgesetz über die Forschung am Menschen, Humanforschungsgesetz, HFG, vom 30. September 2011 (Stand am 01. Januar 2014), SR 810.30.

58 § 630 e Abs. 3 BGB.

59 § 630 d Abs. 1 BGB.

60 Dies gilt unter der Voraussetzung, dass keine wirksame Patientenverfügung vorliegt.

61 Vgl. auch § 41 Abs. 1 Satz 2 AMG für die Forschung.

62 Hufen, NJW 2001, 849, 852.

63 Die Autonomie überdauert mit Hilfe dieses subsidiären Surrogats so den Verlust bzw. das Fehlen der Entscheidungsfähigkeit, vgl. Hillenkamp, Festschrift für Küper, 2007, S. 123, 126; Hengstenberg (Anm. 4), S. 195.

Schrifttum wird aufgrund der Verwandtschaft von mutmaßlicher und hypothetischer Einwilligung gelegentlich der Schluss gezogen, dass auch Letztere zulässig sei. Obgleich die hypothetische Einwilligung und die mutmaßliche Einwilligung bei holzschnittartigem Vergleich Ähnlichkeiten aufweisen, trennt sie Gewichtiges: Neben dem Subsidiaritätsprinzip und der retro- bzw. prospektiven Betrachtung⁶⁴ sind die jeweilige Zielrichtung und das erlaubte Behandlungsspektrum von einigem Gewicht. Während die mutmaßliche Einwilligung dazu dient, die Patientenautonomie weit möglichst zu schützen, geht es der hypothetischen Einwilligung darum, festzustellen, wann ein Schutz nicht nötig erscheint. Dass der Rechtsgutsinhaber ggf. infolge der fehlerhaften Behandlung verstorben ist und damit seine nicht unwesentliche Sichtweise postmortal nicht mehr geklärt werden kann, ist nur eine Schwierigkeit von vielen. Die hypothetische Einwilligung in Kombination mit dem strafprozessualen Zweifelssatz lässt das Risiko, das Selbstbestimmungsrecht zu unterlaufen, nicht unerheblich anwachsen. Hier wird der Unterschied zum Ursprung der hypothetischen Einwilligung, dem Zivilrecht und den dort geltenden ausdifferenzierten Beweisregeln, besonders deutlich. „Heilt“ man die in das strafrechtliche Konzept der Einwilligung bzw. mutmaßlichen Einwilligung eingebundenen Aufklärungsfehler mittels eines Rechtfertigungsgrundes der hypothetischen Einwilligung, so wird das im Arzt- und Patienteninteresse sorgfältig austarierte Zusammenwirken von ärztlichen Sorgfaltspflichten und Selbstbestimmung aus den Angeln gehoben. Das Erfolgsunrecht systematisch entfallen zu lassen, wenn anzunehmen ist, dass die Pflichtverletzung retrospektiv keine Auswirkung hat, weil der Patient – bezogen auf den Zeitpunkt vor der Behandlung, als die Aufklärung hätte stattfinden sollen – bei ordnungsgemäßer Information in die Körperverletzung eingewilligt hätte bzw. bei verbleibenden Zweifeln daran in dubio pro reo die Einwilligung bzw. mutmaßliche Einwilligung unterstellt wird, strapaziert und verengt den Schutz der körper- und gesundheitsbezogenen Selbstbestimmung über Gebühr.

Im Ergebnis kommt hinter dem durch richterliche Rechtsfortbildung redimensionierten Grundsatz „voluntas aegroti suprema lex“ so unerwartet ein Prinzip zum Vorschein, das mit bester Absicht besagt, die Autonomie des Patienten sei – zumindest hypothetisch – zu wahren, de facto aber eine Renaissance des etwas aufgefrischten und neu etikettierten Rechtfertigungsgrundes der ärztlichen Vernunft bewirkt.

⁶⁴ D.h. bei der hypothetischen Einwilligung wird rückblickend gefragt, ob der Patient eingewilligt hätte, bei der mutmaßlichen Einwilligung hingegen prospektiv, ob er bei entsprechender Aufklärung einwilligen würde. Im Unterschied zur Genehmigung wird aber immerhin auf die mögliche Willensbildung zum Zeitpunkt des Eingriffs abgestellt.

3. Die hypothetische Einwilligung als Zurechnungskategorie

Möchte man das nicht und verfolgt das Konstrukt eines Rechtfertigungsgrundes der hypothetischen Einwilligung daher nicht weiter⁶⁵, bietet sich als weiterer Weg der von *Kuhlen*⁶⁶ entwickelte Ansatz an, die herkömmlicherweise im objektiven Deliktstatbestand verorteten Grundsätze der objektiven Zurechnung auf die Ebene der Rechtswidrigkeit zu übertragen und in die hierbei zu bildenden Kategorien die hypothetische Einwilligung einzuordnen. Sie könnte dort als Filter dienen, um aus einer ex-post Perspektive Einwilligungsmängel, die sich im Zweifel nicht auf den konkreten Einwilligungsentscheid auswirken, im Wege des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs auszuschneiden. Dieser Effekt könnte ausgelöst werden, indem die hypothetische Einwilligung Einfluss auf die Bewertung der Tat nimmt, so dass letztlich ihr Erfolgsunwert entfällt. Unberührt bleibt dann eine Versuchsstrafbarkeit, wenn der Arzt irrtümlich davon ausgeht, dass der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht eingewilligt hätte⁶⁷. Dies dürfte jedoch kaum nachweisbar sein. Die damit verbundene Verantwortungsbegrenzung des Arztes zu Lasten des Patienten wird als zulässig erachtet, weil bei der hypothetischen Einwilligung die „Maßgeblichkeit einer individuellen Interessendefinition“ gewahrt werde⁶⁸. Im Ergebnis führt die hypothetische Einwilligung zum Strafbarkeitsausschluss oder – eher selten – zu einer Versuchsstrafbarkeit des Arztes⁶⁹.

Um die Folgen dieser Konstruktion abzumildern, werden etliche Einschränkungen diskutiert. So soll nach *Roxin* der Pflichtwidrigkeitszusammenhang nicht entfallen, wenn zweifelhaft bleibe, ob der Patient seine Einwilligung bei Kenntnis der tatsächlichen Sachlage gegeben hätte⁷⁰. Eine andere Ansicht plädiert dafür,

⁶⁵ Andere Auffassung *Beulke*, *medstra* 2015, 67, 74.

⁶⁶ *Kuhlen*, *Festschrift für Roxin I*, 2001, S. 331, 337 ff.; *ders.*, *Festschrift für Müller-Dietz*, 2001, S. 431, 435 ff.; *ders.*, JR 2004, 227; zustimmend *Dreher*, *Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen*, 2003, S. 39 ff., 103 ff.; *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, § 223 Rdn. 16a; *Frisch*, in: *ders.* (Hrsg.), *Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts*, 2006, S. 33, 49 f.; *Geppert*, JK 12/2004, § 223/3; *ders.*, JK 4/2008, § 223/4; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. 2014, § 228 Rdn. 17a; *Rönnau*, in: LK (Anm. 2), Vor § 32 Rdn. 230; *Merkel*, in: *Nomos Kommentar zum StGB*, 4. Aufl. 2013, § 218 a Rdn. 38 ff.; *Rönnau*, JZ 2004, 799, 803 f.; *Rosenau*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Anm. 3), Vor §§ 32 ff. Rdn. 53 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2011, § 9 Rdn. 28; *Ulsenheimer*, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5. Aufl. 2015, § 1 Rdn. 132 a.

⁶⁷ *Kuhlen*, *Festschrift für Roxin I*, 2001, S. 331, 340, 344; *ders.*, JR 2004, 227, 229; *ders.*, JZ 2005, 713.

⁶⁸ *Kuhlen*, JR 2004, 227.

⁶⁹ *Kuhlen*, *Festschrift für Müller-Dietz*, S. 431, 436, 442.

⁷⁰ *Roxin*, *Allg. Teil I* (Anm. 4), § 13 Rdn. 119 ff.

den Pflichtwidrigkeitszusammenhang nur bei fahrlässigen Aufklärungsfehlern entfallen zu lassen⁷¹.

Wenn man davon ausgeht, dass es Grundprinzipien der geltenden Strafrechtsdogmatik gibt, und wir als solches Prinzip die objektive Zurechnung anerkennen, die in den Grundaussagen gefestigt, in ihren Ausprägungen aber immer noch in der Weiterentwicklung begriffen ist, ist es sachgerecht, die hypothetische Einwilligung als Kategorie der objektiven Zurechnung offen zu diskutieren. Über ihre Funktion als Wertungsstufe zur ergänzenden engmaschigeren normativen Überprüfung der kausalen Verknüpfung von Tathandlung und Taterfolg, mithin, ob der Erfolg tatsächlich als Werk des Täters zu verstehen ist, besteht Grundkonsens. Sie entlastet zugleich die forensisch wenig robuste subjektive Zurechnung⁷². Ihre Ausdehnung auf die Ebene der Rechtswidrigkeit kann darauf rekurrieren, dass auch sie das Unrecht der Tat betrifft.

Die dennoch erhobenen Einwände gegen die Verankerung der hypothetischen Einwilligung in den Zurechnungsregeln können im Großen und Ganzen drei Bereichen zugeordnet werden.

Der erste Einwand betrifft die kausale Erfolgszurechnung im Rahmen der Rechtswidrigkeit. Schon früh machte *Puppe*⁷³ geltend, eine zurechnungshindernde Berücksichtigung des rechtmäßigen Alternativverhaltens sei auf den Bereich der naturgesetzlich determinierten Kausalverläufe beschränkt, komme mithin für den Bereich der hypothetischen Einwilligung prinzipiell nicht in Frage. Denn in Bezug auf die psychologisch gesteuerten menschlichen Entscheidungen fehlen solche strikt anzuwendenden allgemeinen Gesetze, die eine Aussage dazu zulassen, welche Entscheidung jemand aufgrund bestimmter Informationen getroffen hätte. Diese Argumentation weist im Ergebnis auf eine Schwäche der hypothetischen Einwilligung hin, sie betrifft die praktisch kaum überwindbaren Schwierigkeiten bei der Feststellung des hypothetischen Patientenwillens. Ob man allerdings das rechtmäßige Alternativverhalten auf den Bereich der naturgesetzlich determinierten Kausalverläufe beschränken muss, erscheint zweifelhaft. Denn die Strenge des Strafrechts geht nicht so weit, bei der Ermittlung psychisch vermittelter Zusammenhänge unter Heranziehen von Erfahrungswissen und Wahrscheinlichkeiten eine normativ hinreichende Verknüpfung prinzipiell auszuschließen. Dass der Gesetzgeber in § 630 h Abs. 2 Satz 2 BGB die hypothetische Einwilligung als Gegenstand des Beweises gutgeheißen hat, obgleich eine strenge naturwissenschaftliche Beweisführung nicht immer möglich ist, und bei der straf-

71 Hengstenberg (Anm. 4), S. 380.

72 Roxin, Allg. Teil I (Anm. 4), § 11 Rdn. 1ff.; Gaede (Anm. 20), S. 24.

73 Puppe, GA 2003, 764, 768 ff.; siehe auch Duttge, Festschrift für Schroeder, 2006, S. 179, 198; Otto, Jura 2004, 679, 683; Paeffgen, in: NK (Anm. 66), vor § 32 Rdn. 168a.

richterlichen Überzeugungsbildung vernünftige, nicht aber jeder Zweifel ausgeschlossen sein müssen, vgl. § 261 StPO, sind zwei Hinweise, die neben anderen für einen etwas flexibleren Anwendungsbereich des rechtmäßigen Alternativverhaltens sprechen.

Ein zweiter Einwand betrifft das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit sowie das System der Rechtfertigungsgründe. Abgesehen von den wenigen offenen Tatbeständen wird bei der Mehrzahl der Straftatbestände mit der Verwirklichung des objektiven und subjektiven Tatbestandes ein vorläufiges Unwerturteil über das zu prüfende Verhalten gesprochen. Es kann, wenn man zumindest von einer gewissen systematischen Selbstständigkeit von Tatbestand und Rechtswidrigkeit ausgeht⁷⁴, nur noch im Ausnahmefall, d. h. bei Eingreifen von Rechtfertigungsgründen, kompensiert werden. Bei diesem In-Beziehung-Setzen von Tatbestand und Rechtswidrigkeit geht es nicht um eine zusätzliche Zurechnungsrelation zwischen Taterfolg und Tathandlung, sondern um die eigenen Regeln folgende Bewertung des tatbestandlichen Geschehens anhand von Erlaubnissätzen. Im Einzelfall tritt das tatbestandlich geschützte Rechtsgut hinter das vom Rechtfertigungsgrund getragene Interesse zurück, der Rechtfertigungsgrund führt beim Betroffenen zu einer Duldungspflicht⁷⁵. Weitet man den Blick hin zu anderen, namentlich geschriebenen Rechtfertigungsgründen, kommt man kaum umhin festzustellen, dass die Übertragung von Zurechnungsüberlegungen zudem zu deutlichen Friktionen führt. Namentlich Notwehr und Notstand geben explizite Regeln an die Hand, um über das Unrecht der Tat zu entscheiden und zeigen auf, wie zu verfahren ist, wenn der Täter die Grenzen des Erlaubnissatzes überschreitet⁷⁶. Wollte man sie durch Zurechnungsüberlegungen über hypothetische Annahmen ergänzen, würde dies die gesetzlich vorgegebene Struktur weitgehend aushöhlen. Die Konsequenz wäre eine erhebliche Rechtsunsicherheit mit erheblichen Konsequenzen namentlich für denjenigen, der sich gegen einen Angriff bzw. eine Gefahr zur Wehr setzt.

Zu einem anderen Ergebnis führt auch nicht die Überlegung, dass bei Vorliegen der objektiven Voraussetzungen des Erlaubnissatzes und gleichzeitigem Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselementes der Erfolgsunwert entfällt und

⁷⁴ Anders die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, grundlegend *Kaufmann*, JZ 1954, 653 ff.; bzw. die Tendenzen im Schrifttum, Tatbestand und Rechtswidrigkeit zu einer Wertungsstufe zu verschmelzen und den Unterschied beider Stufen primär in einer Funktionsdifferenz zu sehen, Nachweise bei *Rönnau*, in: LK (Anm. 2), Vor § 32 Rdn. 11 ff.

⁷⁵ Statt vieler *Lenckner/Eisele*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 2), vor § 13 Rdn. 18; *Roxin* (Anm. 4), § 10 Rdn. 21.

⁷⁶ Vgl. z. B. § 33 dStGB bzw. Art. 16 chStGB für den Notwehrexzess, § 35 dStGB, entschuldigender Notstand bzw. Art. 18 chStGB, entschuldbarer Notstand.

man so zu einer Versuchslösung gelangt. Denn hier ist zumindest das vollständige, nicht nur (teilweise) hypothetische Vorhandensein der objektiven Rechtfertigungsmerkmale gefordert, was bei Anwendung der Zurechnungsgrundsätze über den Gedanken in dubio pro reo gerade nicht der Fall sein muss⁷⁷.

Die hier nur skizzenhaft umrissenen Einwände und Repliken zeigen, dass eine Korrektur der Rechtfertigungsgründe im Wege der objektiven Zurechnung aufgrund ihrer Folgewirkung für die Erlaubnissätze und die Strafrechtsdogmatik allgemein, seien sie geschrieben oder ungeschrieben, nicht so tragfähig ist, wie es aufgrund der Rechtsprechung und etlicher Abhandlungen in der Literatur den Anschein hat⁷⁸.

Überwindet man diese Schwierigkeiten und konzentriert sich zunächst nur auf die Anwendung der Lehre von der objektiven Zurechnung bei der Einwilligung bzw. mutmaßlichen Einwilligung, bleibt auch hier die Frage, ob sich der Zurechnungsausschluss anhand eines vom Tatbestand der Fahrlässigkeitsdelikte entlehnten rechtmäßigen Alternativerhaltens reibungslos auf die Ebene der Rechtswidrigkeit transferieren lässt.

Hier stößt man bei der Anwendung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs auf der Ebene der Rechtswidrigkeit auf den Einwand, dass der Aufklärungsmangel dem ärztlichen Eingriff vorgelagert ist. Daher wird argumentiert, dass in Bezug auf den Aufklärungsmangel das pflichtgemäße Alternativverhalten im Unterlassen des ärztlichen Tuns bestehe⁷⁹. Allerdings ist hier zu beachten, dass die fehlerhafte Aufklärung für das Unrecht des ärztlichen Tuns konstitutiv ist, weil die unzureichende Information des Patienten in der Regel auf dem Aufklärungsmangel beruht⁸⁰.

Dennoch verbleiben Zweifel an der Übertragung der Regeln der objektiven Zurechnung. Selbst wenn man sich dabei auf eine strukturelle Analogie⁸¹ beschränkt und die Thematik der hypothetischen Reserveursachen ausklammert, bleibt bei allen fein ausdifferenzierten Überlegungen das Bedenken, ob die hypothetische Einwilligung den verfassungsrechtlich abgesicherten Schutz der Patientenautonomie nicht über Gebühr strapaziert oder anders gesagt, ob bei ihrer Anerkennung das Kind nicht mit dem Bade ausgeschüttet wird. Bei den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen stehen Fehler in der Aufklärung, pflichtwidrige Teilaufklärung bzw. unterlassene Aufklärung und vorsätzliche Täuschung einträchtig nebeneinander. Es wird sogar retrospektiv um eine Antwort

⁷⁷ Vgl. Gaede (Anm. 20), S. 27 f.

⁷⁸ A. A. Hengstenberg (Anm. 4), S. 331 ff.

⁷⁹ Gropp, Festschrift für Schroeder, 2006, S. 197, 203; Jäger, JA 2012, 70, 72.

⁸⁰ Rosenau, Festschrift für Maiwald, 2010, S. 683, 692 f.; Haas, GA 2015, 147, 154.

⁸¹ Vgl. Kuhlen, Festschrift für Roxin I, 2001, S. 331, 337.

gerungen, ob der infolge des Fehlgehens der Behandlung Verstorbene bei ordnungsgemäßer Aufklärung vor dem Eingriff eingewilligt hätte, wäre er denn einwilligungsfähig gewesen. D.h. die hypothetische Einwilligung wird für eine Interessenlage, die der mutmaßlichen Einwilligung nahe kommt, fruchtbar gemacht, ohne dass deren weitere, gut fundierte einschränkende Voraussetzungen vorlägen. Die dabei entstehenden Beweisschwierigkeiten sind markant⁸², die fast zwangsläufig auftretenden, nicht behebbaren Zweifel daran, dass der Patient bei zutreffender Aufklärung nicht eingewilligt hätte, wirken sich zugunsten des Angeklagten aus⁸³. Die Indizwirkung des Tatbestandes für die Rechtswidrigkeit wird durch die hypothetische Einwilligung nahezu in ihr Gegenteil verkehrt. Überspitzt formuliert geraten die geschlossenen Tatbestände damit in die Nähe der offenen, nur dass es an einer Verwerflichkeitsklausel fehlt⁸⁴.

Eine Folge ist, dass die hypothetische Einwilligung im Strafrecht den Arzt ungleich stärker entlastet als in ihrem Ursprungsgebiet, dem Zivilrecht, das sie in ein mehrstufiges Darlegungs- und Beweisverfahren einbettet. Damit einher geht die Entwertung des strafrechtlichen Schutzes der Selbstbestimmung des Patienten insgesamt, die mit dem Zweck, einer Ausuferung von ärztlichen Aufklärungspflichten entgegenzuwirken, nicht mehr in einem adäquaten Verhältnis steht. Der Ausschluss des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs im Gewand der hypothetischen Einwilligung vermag daher aufgrund seiner Friktionen nicht zu überzeugen.

4. Redimensionierung der strafrechtlichen Aufklärungspflichten

Das mit der hypothetischen Einwilligung verknüpfte Anliegen, die von der Rechtspraxis geforderten, vielfach aber als ausufernd bewerteten ärztlichen Aufklärungspflichten zumindest im Strafrecht wieder auf ein vertretbares Maß zurückzuführen, ist jedoch dessen ungeachtet zu würdigen. Es ist niemandem gedient, wenn unter der Aufklärungspflicht des Arztes Informationen angemahnt werden, die weit von dem entfernt sind, was dem Patienten dient und von ihm benötigt wird, um sich mit der Diagnose, der möglichen Therapie sowie deren Risiken vertraut zu machen und zusammen mit dem Arzt einen individuell

⁸² Z. B. Rönna, JuS 2014, 882, 884.

⁸³ BVerfG MDR 1975, 468; Brehmeier-Metz, in: Handkommentar Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, § 261 StPO Rdn. 8 m. w. N.

⁸⁴ Für eine Verwerflichkeitsprüfung Swoboda, ZIS 2013, 18, 29 ff.; kritisch Beulke, medstra 2015, 67, 70.

zugeschnittenen, vernünftigen Entscheid zu treffen. Die Praxis hat sich davon jedoch schrittweise entfernt. Aus Sicherheitsüberlegungen und zur Vermeidung von Arzthaftpflichtfällen werden überbordende Anforderungen an die Aufklärung des Patienten gestellt mit der Konsequenz, dass fehlende Informationen anschließend für die Aufklärungsrüge genutzt werden. Dies geschieht insbesondere dann, wenn eine fehlerhafte Behandlung nicht vorliegt oder nicht nachgewiesen werden kann. Diese Entwicklung sollte mit dem richtigen Maß und unter Beachtung des Schutzgutes der Körperverletzungsdelikte erfolgen⁸⁵. Hier ist es hilfreich, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu Rate zu ziehen. Der selbstbestimmte Umgang mit dem Körper zählt zum ureigenen Bereich der Persönlichkeit. Für jede ärztliche Behandlung ist daher grundsätzlich eine vorherige Aufklärung des Patienten nötig, die dem Patienten Gelegenheit gibt, das Für und Wider der ärztlichen Maßnahme abzuwägen und in diese wirksam einzuwilligen⁸⁶. Der Umfang der Aufklärung muss sich am geplanten Eingriff orientieren. Hier ist die Stelle, an der es möglich ist, die nach dem Zivilrecht gebotenen Aufklärungspflichten von denen des Arztstrafrechts zumindest zum Teil abzukoppeln. Denn nicht alles, was haftungsrechtlich von Relevanz ist, muss zwingend im Bereich der Delikte zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit von Bedeutung sein. Die Einheit der Rechtsordnung steht dem nicht entgegen⁸⁷. Denn das schwerpunktmäßig auf Schadenskompensation ausgerichtete Zivilrecht hat andere Zwecksetzungen als das Strafrecht, das mit Hilfe eines fragmentarischen Ansatzes primär dem Rechtsgüterschutz dient. Ein Gleichklang beim zivil- und strafrechtlichen Pflichtenkanon ist daher nicht zwingend. Die Frage ist freilich, wo die Grenzziehung verlaufen soll.

Auf dem Boden der Rechtfertigungslösung kann sie sicher nicht darin liegen, ganze Aufklärungsbereiche, wie z. B. die Diagnose-, Verlaufs- oder Risikoaufklärung, auszuklammern. Diese Aufklärungsbereiche bauen aufeinander auf und sind für das Verstehen des Krankheitsgeschehens, der Diagnose und allfälliger Behandlungen, mithin für die Wahrung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten unabdingbar.

Möglich ist es freilich, die Aufklärungstiefe, den Umfang der gebotenen Informationen sowie die hieran anknüpfende Dokumentation anzupassen. Die verstärkte Nutzung der Stufenaufklärung, wie sie seit langem vorgeschlagen wird, kann hier als Vorbild gute Dienste leisten. Zudem sollte berücksichtigt

85 Hier wird zum Teil von einer strafrechtsautonomen Eingrenzung der ärztlichen Aufklärungspflichtverletzung gesprochen, vgl. *Saliger*, Festschrift für Beulke, S. 257, 270 m. w. N.; *Edlbauer* (Anm. 2), S. 472 ff.; *Sowada*, NSTZ 2012, 1, 10.

86 BVerfGE 52, 131, 175.

87 Anders *Beulke*, medstra 2015, 67, 72.

werden, ob eine indizierte Standardbehandlung, außerhalb der Forschung⁸⁸ eine Neulandmethode⁸⁹ oder ob ein sonstiger Eingriff durchgeführt werden soll. Denn je nachdem variieren die von dem Patienten eingegangenen Risiken erheblich.

Weiter gehende drastische Vorschläge, etwa die Diagnoseaufklärung oder die Aufklärung über Behandlungsalternativen mit erheblichem Gewicht in Chancen und Risiken als nicht eingriffsbezogene Risiken zu qualifizieren und so aus dem Strafrechtsschutz ausklammern zu wollen⁹⁰, überzeugen nicht. Wenn der Patient seine Diagnose nicht kennt, kann er auch nicht beurteilen, was ihm bevorsteht. Folglich wird er sich nicht oder völlig blauäugig behandeln lassen. Hat er keine Kenntnis von alternativen Behandlungsmethoden, die der *lex artis* entsprechen, aber für ihn mit deutlich unterschiedlichen Risiken einhergehen, lässt er sich auf Risiken ein, die er nicht übersehen kann. Er ist aber mit den sich verwirklichenden Risiken gegebenenfalls ein Leben lang belastet. Hier ist jedoch weder Raum noch Ort, auf diese Themenkreise vertieft einzugehen. Die unnötige Ausweitung der Aufklärung durch die Ärzte und Haftpflichtversicherungen, um einer späteren Aufklärungsrüge den Boden zu entziehen, sowie die weiten durch die Rechtsprechung eingeforderten Aufklärungspflichten zeigen auf, wo eine gute Lösung gefunden werden kann. Eine Zurückführung der Aufklärungspflichten auf ein vernünftiges Maß und damit eine Rekonstruktion des Informed consent ist sicher ein guter Weg. Das Bemühen darum sollte aber nicht im Alleingang durch die Strafrechtswissenschaften oder die Rechtspraxis vorgenommen werden. Interdisziplinär tätige Expertengruppen, in denen die Bereiche Medizin, Ethik und Recht, sowohl aus Sicht der Ärzte, aus Sicht der Patienten und der Versicherungen vertreten sind, sollten bei einer allfälligen Grenzziehung der Aufklärungspflichten hierbei miteinbezogen werden.

In der Zwischenzeit kann man sich damit behelfen, indem bei ausufernden Aufklärungspflichten danach gefragt wird, ob der Patient bei einem diesbezüglichen Aufklärungsmangel dennoch eine eigenverantwortliche Entscheidung getroffen hat. Hierfür bietet die Lehre von den Willensmängeln eine gute Grundlage, ohne auf eine retrospektive Betrachtung zurückgreifen zu müssen.

Einen anderen Weg verfolgt die Begrenzung des Anwendungsbereichs der hypothetischen Aufklärung und Einwilligung auf fahrlässige Aufklärungspflicht-

88 Hier finden in Deutschland die zwingenden Regeln des AMG und des MPG Anwendung, in der Schweiz gilt das zum 01. Januar 2014 in Kraft getretene Humanforschungsgesetz, vgl. insbesondere Art. 16 ff. HFG.

89 Hierzu wurde von der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften 2012 eine Stellungnahme verabschiedet, vgl. SAMW, Stellungnahme der SAMW zu den Verordnungen zum Bundesgesetz über Forschung am Menschen, 31. 10. 2012.

90 Gaede (Anm. 20), S. 51.

verletzungen. Er würde aber nur einen Teil der aufgezeigten Probleme lösen und hätte zur Folge, dass der Arzt bei fahrlässig eigenmächtiger Heilbehandlung praktisch straffrei gestellt würde. Er würde damit – wenngleich mit anderer Begründung – zum gleichen Ergebnis wie der 1996 veröffentlichte Entwurf eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung, § 229 E-StGB führen. Eine solche gravierende Änderung der Rechtslage muss jedoch durch den Gesetzgeber legitimiert werden. Dabei geht es nicht darum, dass der „nulla-poena-sine-lege Satz“ Strafbarkeitseinschränkungen zu Gunsten des Täters prinzipiell zulässt. Maßgebend ist, dass hier ein Sonderrecht für die Berufsgruppe der Ärzte bzw. medizinisch Tätigen geschaffen würde. Ein solcher Paradigmenwechsel kann von der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung angestoßen, aufgrund der Prinzipien der Demokratie und der Gewaltenteilung⁹¹ letztlich aber nur durch den Gesetzgeber legitimiert werden.

5. Schaffung eines Tatbestandes der fehlerhaften und der eigenmächtigen Heilbehandlung

Die Entkriminalisierung der fahrlässigen Aufklärungspflichtverletzung und damit einhergehend der Ruf nach einem Sonderstrafrecht für Arztsachen ist nicht neu⁹². Denn die ärztliche Tätigkeit wird zu Recht als gefahrenträchtig bzw. als gefahrengeneigt bezeichnet, angemessene Lösungsvorschläge hierzu sind nötig. Ein möglicher Ansatz ist die Schaffung von je einem Tatbestand der fehlerhaften und der eigenmächtigen Heilbehandlung. Damit würde auch klargestellt, dass das Verfügungsrecht einer Person über ihren Körper und ihre Gesundheit ebenso schützenswert ist wie der lebende menschliche Körper bzw. die Gesundheit an sich. Man sollte daher eine Gesetzesänderung zumindest diskutieren und zuvor von den Diskussionen lernen, die den Entwurf im Rahmen des 6. Strafrechtsreformgesetzes⁹³ in die Kritik brachten. Auch der Einbezug der Erfahrungen Österreichs mit dem dortigen Straftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung⁹⁴ könnte für die Lösung des Problems hilfreich sein.

Möchte man so weit gehen, mit einer Gesetzesreform den umfassenden Aufklärungspflichten zu begegnen, muss man sowohl im Ergebnis wie bei den

⁹¹ Hassemer/Kargl, in: NK (Anm. 66), § 1 Rdn. 1 ff.

⁹² Näher Tag (Anm. 11), S. 445 ff. m. w. N.

⁹³ Näher Müller, DRiZ 1998, 155.

⁹⁴ Zu § 110 öStGB, eigenmächtige Heilbehandlung, und §§ 83 ff. öStGB, Körperverletzung, vgl. z. B. Gleixner-Eberle, Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger, 2014, S. 17 ff., 234 ff. m. w. N.

Begründungen bessere Wege anbieten als das bisherige Recht. Ein angemessener Ausgleich zwischen den involvierten Interessen darf indes nicht übersehen, dass der Patient nicht nur aufgrund seiner Krankheit vulnerabel ist. Er sieht sich auch einem enorm angewachsenen und ausdifferenzierten Gesundheitssystem gegenüber, das von allerlei Problemen, namentlich aber den Kosten und Effizienzüberlegungen, geschüttelt wird. Sollen der Hilfsbedürftige und sein Helfer nicht straucheln, wenn sie sich im Arztalltag begegnen, braucht es verlässliche Mechanismen, die sicherstellen, dass damit in angemessener Weise umgegangen wird.

Hierzu gehört eine gute Kommunikation, ein effizientes Riskassessment verbunden mit einer soliden Qualitätssicherung, einer unkomplizierten Schadensregulierung bis hin zu einem effizienten Anwenden von Disziplinarrecht gegenüber den Ärzten, die Grenzüberschreitungen als Normalität bewerten.

Die fragmentarische Natur des Strafrechts vor Augen sollte der verbleibende strafrechtliche Überhang in Delikten, die auch für Laien nachvollziehbar sind, seinen Niederschlag finden. Es ist sicher keine optimale Lösung, wenn wie derzeit im Arztstrafrecht ein Tatbestand aus dem Bereich der allgemeinen Kriminalität durch eine detaillierte Rechtsprechung ein zweites, d. h. ein arztstrafrechtliches Leben eingehaucht bekommt, das zwar von den Expertinnen und Experten gut beherrscht, für die Rechtsunterworfenen aber kaum noch verständlich ist.

IV. Ausblick

Lässt man die aufgezeigten Friktionen der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht bei Seite, kann man sie bei allen einwilligungsfähigen Straftatbeständen diskutieren⁹⁵. In Betracht kommen namentlich der Schwangerschaftsabbruch, die Körperverletzungsdelikte außerhalb des Arzt-Patienten-Verhältnisses, aber auch die Straftaten gegen die persönliche Freiheit bzw. gegen die sexuelle Selbstbestimmung sowie die Eigentums- und Vermögensdelikte um nur einige zu nennen. Diese Liste könnte im Nebenstrafrecht fast beliebig fortgesetzt werden. Je nachdem, ob man hier die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund versteht oder als Tatbestandsausschluss und wenn Letzteres vorliegt, ob es dann als Einverständnis wirkt, das unabhängig von Willensmängeln seine Wirksamkeit entfaltet oder als tatbestandsausschließende Einwilligung, die als Ausdruck der personalen Selbstbestimmung Willensmängel nicht toleriert, ergeben sich unterschiedliche Fragestellungen. Aber auch die Erfolgsumschreibungen, wie z. B. die kom-

⁹⁵ Z. B. Hengstenberg (Anm. 4), S. 406 ff.; Krüger, Festschrift für Beulke, S. 137, 148 ff.; Gaede (Anm. 20), S. 70 f.

plexe Bestimmung des Schadens bei der Untreue oder dem Betrug, werfen im Vergleich zur recht einfachen Körperverletzungsdoktorin des § 223 StGB ganz andere Probleme auf. Trotz aller Unterschiede ist freilich eine Gemeinsamkeit anzutreffen. Keiner dieser Straftatbestände, nicht einmal die Untreue, beruht auf einem Konstrukt, das der Arzthaftung und der damit verbundenen Aufklärungsdichte auch nur ansatzweise vergleichbar wäre. Nimmt man aber den ursprünglichen Grund der hypothetischen Einwilligung ernst, dem Ausufern der Aufklärungspflichten eine wirksame Maßnahme entgegenzusetzen, so ist damit ein weiteres Argument gegen die Allgemeingültigkeit der hypothetischen Einwilligung vorgebracht.

Engt man den Kreis auf die Straftatbestände ein, bei denen die Einwilligung eine umfassende Aufklärung voraussetzt, sei es aufgrund der Komplexität der zu beurteilenden Sachverhalte, sei es aufgrund mangelnden Fachwissens, so stellen sich weitere dogmatische Fragen. Sie bieten ausreichend Anhaltspunkte für unsere nachfolgende Diskussion⁹⁶ und werden gegebenenfalls Generationen von Doktorierenden, Habilitierenden und Habilitierten die Möglichkeit geben, sich wissenschaftlich auszuweisen.

⁹⁶ Vgl. dazu die Zusammenfassung von *Brodowski*, ZStW 127 (2015), S. 691, 693 ff. (in diesem Heft).